



UvA-DARE (Digital Academic Repository)

Uitbetaling niet-opgenomen vakantiedagen is essentiële arbeidsvoorwaarde in de zin van de Uitzendrichtlijn

Zwemmer, J.P.H.

Publication date

2022

Document Version

Final published version

Published in

Jurisprudentie Arbeidsrecht

[Link to publication](#)

Citation for published version (APA):

Zwemmer, J. P. H. (2022). Uitbetaling niet-opgenomen vakantiedagen is essentiële arbeidsvoorwaarde in de zin van de Uitzendrichtlijn. 145. Case note on: HvJ EU, 12/05/22, C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373 *Jurisprudentie Arbeidsrecht*, 31(8), 1447-1459.

General rights

It is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), other than for strictly personal, individual use, unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Disclaimer/Complaints regulations

If you believe that digital publication of certain material infringes any of your rights or (privacy) interests, please let the Library know, stating your reasons. In case of a legitimate complaint, the Library will make the material inaccessible and/or remove it from the website. Please Ask the Library: <https://uba.uva.nl/en/contact>, or a letter to: Library of the University of Amsterdam, Secretariat, Singel 425, 1012 WP Amsterdam, The Netherlands. You will be contacted as soon as possible.

Uitbetaling niet-opgenomen vakantiedagen is essentiële arbeidsvoorwaarde in de zin van de Uitzendrichtlijn

Hof van Justitie EU

12 mei 2022, nr. C-426/20, ECLI:EU:C:2022:373

(mr. Ziemele, mr. Von Danwitz, mr. Kumin)

Noot mr. dr. J.P.H. Zwemmer

**Gelijke behandeling uitzendkrachten.
Vakantie met behoud van loon.**

[Richtlijn 2008/104/EG art. 3 lid 1 sub f, 5 lid 1;
Handvest Grondrechten EU art. 31]

*Twee werknemers sluiten in oktober 2017 een uitzendovereenkomst met de werkgever waarna zij ter beschikking worden gesteld aan de inlener. De opdracht bij de inlener eindigt twee jaar later, in 2019. De werknemers vorderen bij de Portugese rechter uitbetaling van niet-genoten vakantiedagen en overeenkomstige vakantietoeslag. Daartoe stellen zij dat de vakantiedagen en de vakantietoeslag berekend moeten worden op grond van de algemene regeling voor vakantie met behoud van loon in plaats van op basis van de bijzondere regeling voor uitzendkrachten. De verwijzende rechter stelt vast dat de bijzondere regeling een *lex specialis* is, zodat de toepassing ervan voorrang heeft op de algemene regels uit het wetboek. De rechter vraagt zich evenwel af of de bijzondere regeling in overeenstemming is met art. 5 lid 1 Richtlijn 2008/104/EG, omdat de regeling tot gevolg heeft dat uitzendkrachten die aan de inlenende onderneming ter beschikking worden ge-*

steld anders worden behandeld dan werknemers die direct bij die onderneming in dienst zijn.

Het HvJ EU wijst erop dat bij de uitleg van Unierechtelijke bepalingen niet alleen naar de bewoordingen maar ook naar de context en doelstellingen van de regeling gekeken moet worden. De Richtlijn beoogt een evenwicht tot stand te brengen tussen enerzijds de bevordering van werkgelegenheid en anderzijds het bieden van zekerheid op de arbeidsmarkt. De Richtlijn bepaalt daarom in art. 5 lid 1 dat uitzendkrachten voor wat betreft essentiële arbeidsvoorwaarden gelijk behandeld moeten worden. Onder essentiële voorwaarden vallen zowel vakantie als bezoldiging. Daar komt bij dat de Richtlijn de volledige naleving van het recht op vakantie ex art. 31 lid 2 Handvest beoogt te waarborgen. Eerder is bepaald dat als een werknemer bij het einde van het dienstverband geen vakantie meer kan opnemen, hij recht heeft op een financiële vergoeding. Onder het begrip essentiële voorwaarden moet dus ook de vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen en de overeenkomstige vakantietoeslag worden begrepen. De Richtlijn verzet zich dan ook tegen een nationale regeling die tot gevolg heeft dat uitzendkrachten bij einde dienstverband een lagere vergoeding ontvangen dan werknemers die direct bij de inlener in dienst waren.

NB. Uit «JAR» 2022/109 en «JAR» 2020/289, beide m.nt. Hoogeveen, blijkt dat het Hof geen strenge eisen stelt aan het langdurig inzetten van uitzendkrachten en aan het gebruik van uitzendwerk voor permanent werk. Uit onderhavige uitspraak blijkt dat het Hof strenger is waar het gaat om gelijke behandeling op het punt van de arbeidsvoorwaarden. Naar Nederlandse recht vallen de duur van vakantie en bezoldiging onder art. 8 lid 1 Waadi, dus het arrest zal in dat opzicht geen gevolgen hebben voor het Nederlandse recht.

GD,
ES,
tegen

Luso Temp – Empresa de Trabalho Temporário SA.

1. Het verzoek om een prejudiciële beslissing betreft de uitlegging van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid (PB 2008, L 327, blz. 9), gele-

zen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn.

2. Dit verzoek is ingediend in het kader van een geding tussen enerzijds GD en ES, uitzendkrachten, en anderzijds Luso Temp – Empresa de Trabalho Temporário SA (hierna: “Luso Temp”), de vennootschap waarmee deze uitzendkrachten een uitzendovereenkomst hebben gesloten, over het bedrag van de vergoeding die deze vennootschap hun wegens de beëindiging van hun arbeidsverhouding dient te betalen voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoeslag.

Toepasselijke bepalingen

Unierecht

Raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid

3. Clausule 4, met als opschrift “Het beginsel van gelijke behandeling”, van de op 6 juni 1997 gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 97/81/EG van de Raad van 15 december 1997 betreffende de door de Unice, het CEEP en het EVV gesloten raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid (PB 1998, L 14, blz. 9), zoals gewijzigd bij richtlijn 98/23/EG van de Raad van 7 april 1998 (PB 1998, L 131, blz. 10) (hierna: “raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid”), bepaalt in punt 1:

“Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden deeltijdwerkers niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare voltijdwerkers louter op grond van het feit dat zij in deeltijd werkzaam zijn, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.”

Raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd

4. Clausule 4, met als opschrift “Non-discriminatiebeginsel”, van de op 18 maart 1999 gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd, die is opgenomen in de bijlage bij richtlijn 1999/70/EG van de Raad van 28 juni 1999 betreffende de door het EVV, de Unice en het CEEP gesloten raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd (PB 1999, L 175, blz. 43) (hierna: “raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd”) bepaalt in punt 1:

“Met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden worden werknemers met een arbeidsovereenkomst

voor bepaalde tijd louter op grond van het feit dat zij voor bepaalde tijd werken, niet minder gunstig behandeld dan vergelijkbare werknemers in vaste dienst, tenzij het verschil in behandeling om objectieve redenen gerechtvaardigd is.”

Richtlijn 2008/104

5. De overwegingen 1, 10 tot en met 12 en 15 van richtlijn 2008/104 luiden:

“(1) Deze richtlijn eerbiedigt de grondrechten en leeft de beginselen na die worden erkend door het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie. De richtlijn heeft met name tot doel de volledige naleving te waarborgen van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten van de Europese Unie, dat bepaalt dat iedere werknemer recht heeft op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden en op een beperking van de maximumarbeidsduur en op dagelijkse en wekelijkse rusttijden, alsmede op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon.

[...]

(10) Er bestaan grote verschillen in het gebruik van uitzendarbeid en in de rechtspositie, het statuut en de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten binnen de Europese Unie.

(11) Uitzendarbeid beantwoordt niet alleen aan de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit, maar ook aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren. Aldus draagt het tevens bij tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt.

(12) Deze richtlijn stelt een beschermingskader voor uitzendkrachten vast dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is, en de diversiteit van de arbeidsmarkten en de arbeidsverhoudingen eerbiedigt.

[...]

(15) Arbeidsovereenkomsten voor onbepaalde tijd zijn de algemene vorm van arbeidsverhouding. Voor werknemers die aan het uitzendbureau gebonden zijn door een overeenkomst voor onbepaalde tijd dient derhalve, gelet op de specifieke bescherming die de aard van hun arbeidsovereenkomst biedt, in de mogelijkheid te worden voorzien om af te wijken van de regels die in de inlenende onderneming gelden.”

6. Artikel 1 van deze richtlijn (“Toepassingsgebied”) bepaalt in lid 1:

“Deze richtlijn is van toepassing op werknemers met een arbeidsovereenkomst of arbeidsverhou-

ding met een uitzendbureau, die ter beschikking worden gesteld van inlenende ondernemingen om onder toezicht en leiding van genoemde ondernemingen tijdelijk te werken.”

7. Artikel 2 van die richtlijn (“Doel”) luidt:

“Deze richtlijn heeft tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het in artikel 5 vervatte beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van de uitzendkrachten te waarborgen, en uitzendbureaus als werkgever te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde [op doeltreffende wijze] bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen.”

8. Artikel 3 van richtlijn 2008/104 (“Definities”) bepaalt in lid 1, onder f):

“In deze richtlijn wordt verstaan onder:

[...]

f) ‘essentiële arbeidsvoorwaarden’: de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot:

i) de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nacht arbeid, vakantie en feestdagen;

ii) de bezoldiging.”

9. In artikel 5 van die richtlijn (“Het beginsel van gelijke behandeling”) staat te lezen:

“1. De essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten zijn, voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen.

[...]

2. Ten aanzien van de bezoldiging kunnen de lidstaten, na raadpleging van de sociale partners, bepalen dat van het in lid 1 vastgestelde beginsel kan worden afgeweken wanneer de uitzendkrachten die door een arbeidsovereenkomst voor onbepaalde tijd aan het uitzendbureau zijn gebonden, ook worden vergoed tijdens de periode tussen de uitvoering van twee opdrachten.

3. De lidstaten kunnen, na raadpleging van de sociale partners, hun de mogelijkheid bieden om op het passende niveau en onverminderd de door de lidstaten vastgestelde voorwaarden, collectieve overeenkomsten voort te zetten of te sluiten die,

met inachtneming van de algemene bescherming van de uitzendkrachten, regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten bevatten welke kunnen afwijken van de in lid 1 vastgestelde regelingen.

4. Mits aan uitzendkrachten een adequaat niveau van bescherming wordt geboden, kunnen de lidstaten waar geen wettelijk systeem bestaat om collectieve overeenkomsten algemeen toepasselijk te verklaren of geen wettelijk of praktisch systeem voor de uitbreiding van de bepalingen ervan tot alle soortgelijke ondernemingen in een bepaalde sector of in een bepaald geografisch gebied, na raadpleging van de sociale partners op nationaal niveau en op basis van een door hen gesloten overeenkomst, regelgevingen treffen inzake de essentiële arbeidsvoorwaarden die afwijken van het in lid 1 vastgestelde beginsel. Deze regelingen kunnen een periode voor het in aanmerking komen voor gelijke behandeling omvatten.
[...]

Portugees recht

10. Artikel 185 (“Arbidsvoorwaarden voor uitzendkrachten”) van de Código do Trabalho (arbeidswetboek), zoals goedgekeurd bij Lei nr. 7/2009 (wet nr. 7/2009) van 12 februari 2009 (*Diário da República*, 1e serie, nr. 30 van 12 februari 2009) (hierna: “arbeidswetboek”), bepaalt in lid 6:

“De [uitzendkracht] heeft in verhouding tot de duur van de overeenkomst recht op vakantie, een vakantietoeslag en kerstgratificaties, alsmede op andere regelmatige en periodieke vergoedingen waarop werknemers van de inlenende onderneming recht hebben voor hetzelfde werk of voor werk van gelijke waarde.”

11. In artikel 237 (“Recht op vakantie”) van het arbeidswetboek, staat te lezen:

“1. De werknemer heeft elk kalenderjaar recht op vakantie met behoud van loon. Dit recht wordt op 1 januari verworven.

2. Het recht op vakantie houdt in de regel verband met de in het voorafgaande kalenderjaar verrichte arbeid, maar hangt niet af van de aanwezigheid of de daadwerkelijke uitvoering van de werkzaamheden.
[...]

12. Artikel 238 (“Aantal vakantiedagen”) van dit wetboek bepaalt in lid 1:

“Het aantal vakantiedagen bedraagt per jaar ten minste 22 werkdagen.

[...]

13. Artikel 239 (“Bijzondere gevallen wat het aantal vakantiedagen betreft”) van dat wetboek luidt:

“1. In het jaar waarin de werknemer in dienst is genomen, heeft hij recht op 2 werkdagen vakantie voor elke maand dat de overeenkomst loopt – met een maximum van 20 dagen – die kunnen worden opgenomen nadat de overeenkomst gedurende 6 volledige maanden is uitgevoerd.

2. Indien het kalenderjaar eindigt vóór het verstrijken van de in het vorige lid genoemde termijn, kunnen de vakantiedagen tot 30 juni van het volgende jaar worden opgenomen.

3. De toepassing van de voorgaande leden mag er niet toe leiden dat de werknemer in één kalenderjaar meer dan 30 werkdagen vakantie kan opnemen, onverminderd het bepaalde in een collectieve overeenkomst.

[...]

14. Artikel 245 (“Gevolgen van de beëindiging van de arbeidsovereenkomst voor het recht op vakantie”) van het arbeidswetboek bepaalt:

“1. Bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst heeft de werknemer recht op uitbetaling van de vakantiedagen en de respectieve vakantietoeslag:

a) die corresponderen met de verworven en niet-opgenomen vakantiedagen;

b) in verhouding tot het aantal dagen dat hij in dienst is geweest in het jaar van beëindiging van de overeenkomst.

2. In het in het vorige lid, onder a), bedoelde geval wordt het aantal dagen vakantie in aanmerking genomen voor de anciënniteit.

3. Ingeval een overeenkomst wordt beëindigd in het kalenderjaar dat volgt op de indienstneming of de overeenkomst minder dan 12 maanden duurt, mag het totale aantal vakantiedagen of de daarmee overeenstemmende bezoldiging waarop de werknemer recht heeft, niet meer bedragen dan wat volgt uit de berekening van het aantal jaarlijkse vakantiedagen in verhouding tot de duur van de overeenkomst.
[...]

Hoofdgeding en prejudiciële vraag

15. ES en GD hebben respectievelijk op 9 en 29 oktober 2017 een uitzendovereenkomst gesloten met Luso Temp, in het kader waarvan zij ter beschikking zijn gesteld om een opdracht uit te

voeren bij de inlenende onderneming die in het hoofdgeding aan de orde is.

16. In het geval van ES is die opdracht geëindigd op 8 oktober 2019 en in het geval van GD op 28 oktober 2019.

17. Na de beëindiging van hun uitzendarbeidsbetrekking hebben verzoekers in het hoofdgeding tegen Luso Temp beroep ingesteld bij de Tribunal Judicial da Comarca de Braga, Juízo do Trabalho de Barcelos (rechter in eerste aanleg Braga, arbeidsrechter Barcelos, Portugal), de verwijzende rechter. Dat beroep strekt ertoe dat hun de – volgens hen niet uitbetaalde – bedragen worden uitgekeerd die in verband met de vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoelage verschuldigd zijn voor de periode waarin zij in dienst waren bij Luso Temp.

18. Volgens de verwijzingsbeslissing zijn partijen in het hoofdgeding het niet eens over de berekeningsmethode die moet worden toegepast om het aantal vakantiedagen met behoud van loon en het bedrag van de overeenkomstige vakantietoelage vast te stellen waarop verzoekers in het hoofdgeding recht hebben.

19. Verzoekers in het hoofdgeding stellen namelijk dat dit aantal vakantiedagen en dat bedrag moeten worden bepaald overeenkomstig de algemene regeling inzake vakantie met behoud van loon die is vastgesteld bij de artikelen 237 tot en met 239 en artikel 245 van het arbeidswetboek. ES en GD zijn dus van mening dat zij krachtens deze bepalingen recht hebben op een betaling ten belope van respectievelijk 65 en 67 vakantiedagen met behoud van loon, alsmede op de overeenkomstige vakantietoelage, namelijk:

– 2 vakantiedagen voor elke in het jaar van indiensttreding gewerkte maand, overeenkomstig artikel 239, lid 1, van het arbeidswetboek, dat wil zeggen vier dagen voor de twee maanden die zij in 2017 hebben gewerkt;

– 22 dagen voor elk gewerkt jaar, overeenkomstig artikel 237, lid 1, en artikel 238, lid 1, van het arbeidswetboek, die verworven zijn op 1 januari 2018 en 1 januari 2019, dat wil zeggen 44 dagen in totaal, en

– het aantal vakantiedagen dat overeenkomstig artikel 245, lid 1, onder b), van het arbeidswetboek wordt berekend naar verhouding van de tijd die zij hebben gewerkt in het jaar waarin hun arbeidsverhouding is geëindigd, te weten 2019, dus 17 dagen in het geval van ES en 19 dagen in het geval van GD.

20. Volgens Luso Temp daarentegen moet het aantal vakantiedagen met behoud van loon en het bedrag van de overeenkomstige vakantietoelage waarop verzoekers in het hoofdgeding recht hebben, worden berekend op basis van de methode die is vastgesteld in de op uitzendkrachten toepasselijke, in artikel 185, lid 6, van het arbeidswetboek neergelegde bijzondere regeling inzake vakantie met behoud van loon, waarin is bepaald dat uitzendkrachten slechts recht hebben op vakantie met behoud van loon en op de overeenkomstige vakantietoelage in verhouding tot de duur van hun overeenkomst. Luso Temp stelt dan ook dat verzoekers in het hoofdgeding voor de twee door hen gewerkte jaren elk slechts recht hebben op 44 vakantiedagen met behoud van loon.

21. De verwijzende rechter merkt op dat artikel 185 van het arbeidswetboek een *lex specialis* is die van toepassing is op uitzendovereenkomsten, zodat de toepassing ervan voorrang heeft op de toepassing van de algemene regels die dat wetboek bevat voor het merendeel van de arbeidsovereenkomsten. Gelet op de plaats waar dat artikel is opgenomen binnen de structuur van het arbeidswetboek, is het namelijk duidelijk dat de wetgever de toepassing van de algemene regeling inzake vakantie heeft willen uitsluiten.

22. De verwijzende rechter betwijfelt of artikel 185, lid 6, van het arbeidswetboek verenigbaar is met artikel 3, lid 1, onder f), en artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104.

23. Volgens die rechter is bij artikel 185, lid 6, van het arbeidswetboek namelijk een verschil in behandeling ingevoerd tussen enerzijds uitzendkrachten die in een inlenende onderneming een opdracht uitvoeren voor een periode van 12 maanden of meer, dan wel voor een periode die in de loop van een kalenderjaar aanvangt en pas twee of meer kalenderjaren later eindigt, en anderzijds werknemers die rechtstreeks bij de inlenende onderneming in dienst zijn genomen, aangezien het recht van uitzendkrachten op vakantie met behoud van loon en op de overeenkomstige vakantietoelage altijd wordt berekend in verhouding tot de duur van hun overeenkomst, terwijl werknemers die rechtstreeks door de inlenende onderneming in dienst zijn genomen en er in dezelfde omstandigheden dezelfde functie uitoefenen onder de gunstiger algemene regeling van de artikelen 237 tot en met 239 en artikel 245, lid 1, van het arbeidswetboek vallen.

24. Naar het oordeel van de verwijzende rechter volgt daaruit dat verzoekers in het hoofdgeding recht hebben op een lager aantal vakantiedagen met behoud van loon en een lagere overeenkomstige vakantietoelage dan waarop zij recht zouden hebben indien zij voor dezelfde periode en voor dezelfde functie rechtstreeks in dienst waren genomen door de inlenende onderneming die in het hoofdgeding aan de orde is.

25. De verwijzende rechter merkt op dat er van een dergelijk verschil in behandeling evenwel geen sprake is wanneer de uitzendarbeidsbetrekking minder dan twaalf maanden duurt of wanneer deze in de loop van een kalenderjaar aanvangt en in de loop van het daaropvolgende kalenderjaar eindigt. In dergelijke situaties wordt het aantal vakantiedagen met behoud van loon en het bedrag van de overeenkomstige vakantietoelage van werknemers die binnen de werkingsfeer van de algemene regeling vallen, namelijk eveneens berekend in verhouding tot de duur van hun arbeidsovereenkomst – overeenkomstig artikel 245, lid 3, van het arbeidswetboek – zodat er in de praktijk geen verschillen in behandeling bestaan in die gevallen.

26. In deze omstandigheden heeft de Tribunal Judicial da Comarca de Braga, Juízo do Trabalho de Barcelos de behandeling van de zaak geschorst en het Hof verzocht om een prejudiciële beslissing over de volgende vraag:

“Verzetten artikel 3, lid 1, onder f), en artikel 5, lid 1, van [richtlijn 2008/104] zich tegen een regeling als die van artikel 185, lid 6, van het arbeidswetboek, op grond waarvan het aantal vakantiedagen en de overeenkomstige vakantietoelage waarop een uitzendkracht recht heeft, steeds in verhouding staan tot de tijd dat deze uitzendkracht heeft gewerkt voor de inlenende onderneming, zelfs wanneer die uitzendkracht begint te werken in de loop van een kalenderjaar en pas twee of meer kalenderjaren later zijn werkzaamheden beëindigt, terwijl een werknemer die rechtstreeks door de inlenende onderneming wordt aangeworven en dezelfde functie uitoefent gedurende dezelfde periode, onder de algemene regeling inzake vakantie valt, die hem een hoger aantal vakantiedagen en een hogere overeenkomstige vakantietoelage garandeert, omdat het aantal vakantiedagen en de overeenkomstige vakantietoelage in dat geval niet evenredig zijn aan de gewerkte tijd?”

Beantwoording van de prejudiciële vraag

27. Met zijn vraag wenst de verwijzende rechter in wezen te vernemen of artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon – en de overeenkomstige vakantietoelage – waarop uitzendkrachten recht hebben bij de beëindiging van hun arbeidsverhouding met een inlenende onderneming, lager is dan de vergoeding waarop die uitzendkrachten in dezelfde situatie en om dezelfde reden recht zouden hebben indien zij rechtstreeks door die inlenende onderneming in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen.

Begrip “essentiële arbeidsvoorwaarden” in de zin van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn

28. In de eerste plaats moet worden onderzocht of het begrip “essentiële arbeidsvoorwaarden” in de zin van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn, zich mede uitstrekt tot een vergoeding die bij de beëindiging van een uitzendarbeidsbetrekking verschuldigd is voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoelage.

29. Volgens vaste rechtspraak dient bij de uitlegging van een Unierechtelijke bepaling niet alleen rekening te worden gehouden met haar bewoordingen, maar ook met de context en de doelstellingen van de regeling waarvan zij deel uitmaakt [arrest van 28 oktober 2021, Magistrat der Stadt Wien (Grand Hamster – II), C-357/20, ECLI:EU:C:2021:881, punt 20 en aldaar aangehaalde rechtspraak].

30. Ten eerste bevatten de bewoordingen van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104 weliswaar geen enkele aanwijzing waaruit kan worden afgeleid of het in deze bepaling gebedigde begrip “essentiële arbeidsvoorwaarden” aldus moet worden uitgelegd dat het zich uitstrekt tot vergoeding in vorenbedoelde zin dan wel dat dit juist niet het geval is, maar verwijst dit begrip, overeenkomstig de in artikel 3, lid 1, onder f), van

richtlijn 2008/104 vervatte definitie zowel naar vakantie als naar bezoldiging.

31. Aangezien in deze definitie uitdrukkelijk naar vakantie wordt verwezen en uit overweging 1 van richtlijn 2008/104 blijkt dat deze richtlijn strekt tot het waarborgen van de volledige naleving van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten, dat onder meer bepaalt dat iedere werknemer recht heeft op een jaarlijkse vakantie met behoud van loon, behoort het recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon evenwel tot de “essentiële arbeidsvoorwaarden” in de zin van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn.

32. Wat ten tweede de context van die bepaling betreft, zij eraan herinnerd dat richtlijn 2008/104 is vastgesteld ter aanvulling van het regelgevingskader dat bij richtlijn 97/81 – zoals gewijzigd bij richtlijn 98/23 en richtlijn 1999/70 – is ingesteld op de grondslag van artikel 137, leden 1 en 2, EG, dat de instellingen van de Unie de bevoegdheid gaf om door middel van richtlijnen geleidelijk toe te passen minimumvoorschriften vast te stellen voor onder meer de arbeidsvoorwaarden [arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punt 39].

33. In verband met de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd heeft het Hof geoordeeld dat het begrip “arbeidsvoorwaarden” refereert aan de rechten en de plichten die een bepaalde arbeidsverhouding bepalen, met inbegrip van de voorwaarden waaronder iemand werk verricht en waaronder die arbeidsverhouding kan worden beëindigd (arrest van 20 december 2017, Vega González, C-158/16, ECLI:EU:C:2017:1014, punt 34).

34. Het Hof heeft tevens geoordeeld dat het begrip “arbeidsvoorwaarden” in de zin van clause 4, punt 1, van die raamovereenkomst zich mede uitstrekt tot de vergoeding die een werkgever aan een werknemer moet betalen wegens de beëindiging van diens arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd (arrest van 14 september 2016, de Diego Porras, C-596/14, ECLI:EU:C:2016:683, punt 32).

35. Voorts volgt uit de rechtspraak van het Hof over de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid dat voor een werknemer die zijn recht op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, buiten zijn wil om, niet heeft kunnen uitoefenen vóór het einde van zijn arbeidsverhouding, de hem verschuldig-

de vergoeding aldus moet worden berekend dat hij in een situatie wordt geplaatst die vergelijkbaar is met die waarin hij zou hebben verkeerd wanneer hij dat recht zou hebben uitgeoefend tijdens zijn arbeidsverhouding (arrest van 11 november 2015, Greenfield, C-219/14, ECLI:EU:C:2015:745, punt 51 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

36. Daarbij komt dat – zoals de advocaat-generaal in de punten 59 en 60 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt – artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104 in nog sterkere mate dan clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst inzake deeltijdarbeid en clause 4, punt 1, van de raamovereenkomst inzake arbeidsovereenkomsten voor bepaalde tijd is toegespitst op het waarborgen van een doeltreffende bescherming van atypische werknemers en werknemers in een precare arbeidssituatie, zodat de vaststelling van de draagwijdte van het begrip “arbeidsvoorwaarden” in de zin van artikel 5 van richtlijn 2008/104 a fortiori noopt tot een soortgelijke oplossing als die waarvoor met betrekking tot de uitlegging van het begrip “arbeidsvoorwaarden” in de zin van genoemde clauses 4 is gekozen in de rechtspraak die in herinnering is gebracht in de punten 33 tot en met 35 van het onderhavige arrest.

37. Artikel 5 van richtlijn 2008/104 – waarin het beginsel van gelijke behandeling is neergelegd – bepaalt namelijk dat “[d]e essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten [...] voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde [zijn] als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen”, terwijl volgens voormelde clauses 4 – waarin het non-discriminatiebeginsel is neergelegd – werknemers met een arbeidsovereenkomst voor bepaalde tijd en deeltijdwerknemers “niet minder gunstig [worden] behandeld” dan respectievelijk vergelijkbare werknemers in vaste dienst en vergelijkbare voltijdwerkers.

38. Ten slotte heeft het Hof vastgesteld dat uit artikel 7, lid 2, van richtlijn 2003/88/EG van het Europees Parlement en de Raad van 4 november 2003 betreffende een aantal aspecten van de organisatie van de arbeidstijd (PB 2003, L 299, blz. 9) volgt dat een werknemer die ten gevolge van de beëindiging van zijn arbeidsverhouding geen jaarlijkse vakantie met behoud van loon meer kan opnemen, recht heeft op een vergoeding opdat wordt voorkomen dat die onmogelijkheid met

zich meebrengt dat hij in het geheel geen recht heeft op jaarlijkse vakantie met behoud van loon, zelfs niet in de vorm van een financiële vergoeding (arrest van 20 juli 2016, Maschek, C-341/15, ECLI:EU:C:2016:576, punt 26 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

39. Derhalve biedt de context van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104 steun aan de opvatting dat het in deze bepaling gebezigde begrip “essentiële arbeidsvoorwaarden” aldus moet worden uitgelegd dat het zich mede uitstrekt tot een vergoeding die de werkgever wegens de beëindiging van de uitzendarbeidsbetrekking verschuldigd is voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoeslag.

40. Wat ten derde de met richtlijn 2008/104 nagestreefde doelstellingen betreft, zij opgemerkt dat deze richtlijn – zoals in punt 31 van dit arrest is vermeld – strekt tot het waarborgen van de volledige naleving van artikel 31 van het Handvest van de grondrechten, in lid 1 waarvan op algemene wijze het recht van iedere werknemer op gezonde, veilige en waardige arbeidsomstandigheden is erkend. In de toelichtingen bij het Handvest van de grondrechten (PB 2007, C 303, blz. 17) staat in dit verband te lezen dat de uitdrukking “arbeidsvoorwaarden” moet worden opgevat in de zin van artikel 156 VWEU. Laatstgenoemde bepaling verwijst echter enkel – zonder nadere omschrijving – naar “arbeidsvoorwaarden” als een van de gebieden van de sociale politiek van de Unie waarop de Europese Commissie kan optreden om de samenwerking tussen de lidstaten te bevorderen en de coördinatie van hun optreden te vergemakkelijken. In het licht van de met richtlijn 2008/104 nagestreefde doelstelling om de rechten van uitzendkrachten te beschermen pleit dit gebrek aan precisie voor een ruime uitlegging van het begrip “arbeidsvoorwaarden” [arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punt 54].

41. Voorts blijkt uit de overwegingen 10 en 12 van richtlijn 2008/104 dat deze richtlijn – omdat er grote verschillen bestaan in het gebruik van uitzendarbeid en in de rechtspositie, het statuut en de arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten binnen de Unie – ertoe strekt een beschermingskader voor uitzendkrachten vast te stellen dat niet-discriminerend, transparant en evenredig is alsook de diversiteit van de arbeidsmarkten en de ar-

beidsverhoudingen eerbiedigt. Richtlijn 2008/104 heeft volgens artikel 2 ervan dan ook tot doel de bescherming van uitzendkrachten te garanderen en de kwaliteit van het uitzendwerk te verbeteren door de naleving van het beginsel van gelijke behandeling ten aanzien van uitzendkrachten te waarborgen en uitzendbureaus als werkgevers te erkennen, daarbij rekening houdend met de noodzaak om een geschikt kader te creëren voor de gebruikmaking van uitzendwerk teneinde op doeltreffende wijze bij te dragen tot de schepping van werkgelegenheid en de ontwikkeling van flexibele arbeidsvormen [arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punt 40].

42. Bovendien zij opgemerkt dat in overweging 11 van richtlijn 2008/104 staat te lezen dat deze richtlijn er niet alleen toe strekt om tegemoet te komen aan de behoeften van de ondernemingen aan flexibiliteit, maar ook aan de behoeften van de werknemers om werk en privéleven te combineren. Aldus draagt zij tevens bij tot het scheppen van banen en tot de deelname aan en de inpassing op de arbeidsmarkt. Derhalve wordt met die richtlijn beoogd de door de ondernemingen nagestreefde doelstelling van flexibiliteit te verzoenen met de doelstelling van zekerheid, die verband houdt met de bescherming van de werknemers [arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punt 50].

43. Deze tweeledige doelstelling beantwoordt dus aan de wens van de Uniewetgever om de voorwaarden voor uitzendarbeid aan te passen aan de “normale” arbeidsverhoudingen, temeer daar die wetgever in overweging 15 van richtlijn 2008/104 uitdrukkelijk heeft vermeld dat een overeenkomst voor onbepaalde tijd de algemene vorm van arbeid is. Deze richtlijn heeft bijgevolg ook tot doel de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen. Het in artikel 5, lid 1, van richtlijn 2008/104 neergelegde beginsel van gelijke behandeling dient die tweeledige doelstelling [arrest van 14 oktober 2020, KG (Opeenvolgende opdrachten in het kader van uitzendarbeid), C-681/18, ECLI:EU:C:2020:823, punten 51 en 52].

44. Zoals de advocaat-generaal in punt 39 van zijn conclusie heeft opgemerkt, kan het evenwicht tussen enerzijds de bevordering van de werkgele-

genheid en anderzijds de zekerheid op de arbeidsmarkt alleen tot stand worden gebracht indien het beginsel van gelijke behandeling ten volle wordt geëerbiedigd.

45. Derhalve zou een uitlegging van het begrip “essentiële arbeidsvoorwaarden” die inhoudt dat artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104 niet van toepassing is op de vergoeding die een werkgever aan een uitzendkracht dient te betalen wegens de beëindiging van diens arbeidsverhouding, in strijd zijn met de in de punten 40 tot en met 44 van dit arrest uiteengezette doelstellingen van die richtlijn.

46. Een dergelijke uitlegging zou er om te beginnen namelijk op neerkomen dat de werkingsfeer van de aan uitzendkrachten toegekende bescherming op het gebied van gelijke behandeling wordt ingeperkt, wat in strijd is met een van de doelstellingen van bovengenoemde bepaling (zie naar analogie arrest van 14 september 2016, de Diego Porras, C-596/14, ECLI:EU:C:2016:683, punt 30).

47. Daarbij komt dat die uitlegging tot gevolg zou hebben dat het beginsel van gelijke behandeling niet meer van toepassing is zodra de overeenkomst van de uitzendkracht wordt beëindigd, zodat zij de beëindiging van uitzendovereenkomsten zou bevorderen in plaats van bij te dragen tot de verwezenlijking van de in punt 43 van het onderhavige arrest in herinnering gebrachte doelstelling van richtlijn 2008/104 die erin bestaat de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan te bevorderen.

48. Gelet op het voorgaande dient te worden geoordeeld dat het begrip “essentiële arbeidsvoorwaarden” in de zin van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn, aldus moet worden uitgelegd dat het zich mede uitstrekt tot een vergoeding die een werkgever wegens de beëindiging van de uitzendarbeitsbetrekking aan een werknemer dient te betalen voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoeslag.

Draagwijdte van het in artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104 neergelegde beginsel van gelijke behandeling

49. Wat in de tweede plaats de draagwijdte van het beginsel van gelijke behandeling betreft, zij opgemerkt dat de essentiële arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten volgens artikel 5, lid 1, eerste

alinea, van richtlijn 2008/104 voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming ten minste dezelfde moeten zijn als die welke voor hen zouden gelden als zij rechtstreeks door die onderneming in dienst waren genomen voor dezelfde functie.

50. Derhalve staat het aan de verwijzende rechter om eerst na te gaan welke essentiële arbeidsvoorwaarden voor de uitzendkracht zouden gelden indien hij rechtstreeks door de inlenende onderneming in dienst was genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen als die welke hij er daadwerkelijk uitoefent, en meer bepaald op welke vergoeding hij in het concrete geval wegens de beëindiging van zijn uitzendarbeitsbetrekking recht zou hebben voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoeslag. Zoals de advocaat-generaal in punt 60 van zijn conclusie in wezen heeft opgemerkt, staat het vervolgens aan de verwijzende rechter om die essentiële arbeidsvoorwaarden te vergelijken met de arbeidsvoorwaarden die voor de betrokken uitzendkracht daadwerkelijk gelden voor de duur van zijn opdracht bij de inlenende onderneming, teneinde zich op basis van alle relevante omstandigheden van het hoofdgeding ervan te vergewissen of het beginsel van gelijke behandeling al dan niet is geëerbiedigd ten aanzien van die uitzendkracht.

51. In casu merkt de verwijzende rechter onder meer op dat uitzendkrachten die in de loop van een kalenderjaar in dienst treden bij een inlenende onderneming en van wie de arbeidsbetrekking pas twee of meer kalenderjaren na indiensttreding een einde neemt, zich voor de duur van hun opdracht bij die onderneming in een minder gunstige situatie bevinden dan die waarin zij zouden hebben verkeerd als zij rechtstreeks door de inlenende onderneming in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen.

52. Volgens de verwijzende rechter hebben uitzendkrachten op grond van artikel 185, lid 6, van het arbeidswetboek namelijk slechts recht op vakantie en een vakantietoeslag die worden berekend in verhouding tot het aantal dagen dat zij in dienst zijn geweest, terwijl rechtstreeks door een inlenende onderneming in dienst genomen werknemers recht hebben op vakantie met behoud van loon volgens de algemene regeling die is neergelegd in de artikelen 237 tot en met 239 en 245 van

het arbeidswetboek. Dit zou in casu tot gevolg hebben dat elk van de verzoekende partijen in het hoofdgeding recht heeft op 44 vakantiedagen met behoud van loon, terwijl zij recht zouden hebben op 67 vakantiedagen met behoud van loon – wat GD betreft – en 65 vakantiedagen met behoud van loon – wat ES betreft – als zij door de in het hoofdgeding aan de orde zijnde inlenende onderneming rechtstreeks in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode precies dezelfde functie uit te oefenen.

53. De Portugese regering bestrijdt deze uitlegging van het nationale recht en voert in wezen aan dat artikel 185 van het arbeidswetboek noch een specifieke methode noch specifieke regels voor de berekening van het aantal vakantiedagen van uitzendkrachten vastlegt en evenmin bepaalt welke gevolgen de beëindiging van hun arbeidsverhouding heeft voor hun recht op vakantie, zodat de in de artikelen 237 tot en met 239 en 245 van dat wetboek neergelegde algemene regels moeten worden toegepast, die ongeacht de aard van de contractuele verhouding en ook ten aanzien van uitzendkrachten gelden. Volgens de Portugese regering houden deze regels in dat er bijzondere gevallen bestaan wat betreft de berekening van het aantal vakantiedagen met behoud van loon en de gevolgen die de beëindiging van een uitzendovereenkomst heeft voor het recht op vakantie.

54. In dit verband zij eraan herinnerd dat het in het kader van de procedure van artikel 267 VWEU – die berust op een duidelijke taakverdeling tussen de nationale rechterlijke instanties en het Hof – uitsluitend aan de nationale rechter staat om de feiten van het hoofdgeding vast te stellen en te beoordelen, alsmede om de juiste strekking van nationale wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen vast te stellen (arrest van 13 januari 2022, *Benedetti Pietro e Angelo e.a.*, C-377/19, ECLI:EU:C:2022:4, punt 37 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

55. Ten slotte zij opgemerkt dat de lidstaten krachtens artikel 5, leden 2 tot en met 4, van richtlijn 2008/104 weliswaar onder bepaalde precieze voorwaarden kunnen voorzien in afwijkingen van het beginsel van gelijke behandeling, maar dat de verwijzingsbeslissing en het dossier waarover het Hof beschikt geen informatie bevatten over een eventuele toepassing van een van die afwijkingen in Portugal.

Gevolgen voor de verwijzende rechter

56. In de derde plaats zij eraan herinnerd dat het Hof herhaaldelijk heeft geoordeeld dat een nationale rechter bij wie een geding tussen uitsluitend particulieren aanhangig is, bij de toepassing van de nationaalrechtelijke bepalingen die zijn vastgesteld ter nakoming van de in een richtlijn neergelegde verplichtingen, het gehele nationale recht in aanmerking moet nemen en dit zoveel mogelijk in het licht van de bewoordingen en het doel van die richtlijn moet uitleggen om tot een oplossing te komen die in overeenstemming is met dit doel (arresten van 15 januari 2014, *Association de médiation sociale*, C-176/12, ECLI:EU:C:2014:2, punt 38 en aldaar aangehaalde rechtspraak; 4 juni 2015, *Faber*, C-497/13, ECLI:EU:C:2015:357, punt 33, en 17 maart 2022, *Daimler*, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, punt 76).

57. Niettemin gelden er bepaalde beperkingen ten aanzien van het beginsel dat het nationale recht dient te worden uitgelegd in overeenstemming met het Unierecht. Zo wordt de verplichting van de nationale rechter om de inhoud van een richtlijn te betrekken bij de uitlegging en de toepassing van de relevante bepalingen van het nationale recht beperkt door de algemene rechtsbeginselen en kan zij niet dienen als grondslag voor een uitlegging contra legem van het nationale recht (arrest van 17 maart 2022, *Daimler*, C-232/20, ECLI:EU:C:2022:196, punt 77 en aldaar aangehaalde rechtspraak).

58. Gelet op de bovenstaande overwegingen dient te worden gepreciseerd dat de verwijzende rechter onder meer zal moeten nagaan of in casu – zoals de Portugese regering in wezen heeft aangevoerd in haar schriftelijke opmerkingen (zie punt 53 van het onderhavige arrest) – de in de artikelen 237 tot en met 239 en 245 van het arbeidswetboek vervatte algemene regeling inzake vakantie van toepassing is, aangezien de in artikel 185, lid 6, van dit wetboek gebezigde uitdrukking “in verhouding tot de duur van de overeenkomst” niet enkel automatisch en uitsluitend in samenhang met artikel 238, lid 1, van dat wetboek, maar ook in samenhang met de overige bepalingen van die algemene regeling moet worden gelezen om het bedrag te bepalen van de vergoeding waarop verzoekers in het hoofdgeding wegens de beëindiging van hun uitzendarbeitsbetrekking met *Luso Temp* recht hebben voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantie met behoud van loon en de overeenkomstige vakantietoelage.

59. In een dergelijk geval kan namelijk niet worden geoordeeld dat uitzendkrachten als verzoekers in het hoofdgeding voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming essentiële arbeidsvoorwaarden genieten die niet ten minste dezelfde zijn als die welke voor hen zouden gelden indien zij rechtstreeks door die onderneming in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen, zodat niet de gevolgtrekking kan worden gemaakt dat er sprake is van een schending van artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104.

60. Gelet op een en ander moet artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn, aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon – en de overeenkomstige vakantietoeslag – waarop uitzendkrachten recht hebben bij de beëindiging van hun arbeidsverhouding met een inlenende onderneming, lager is dan de vergoeding waarop die uitzendkrachten in dezelfde situatie en om dezelfde reden recht zouden hebben indien zij rechtstreeks door die inlenende onderneming in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen.

Kosten

61. Ten aanzien van de partijen in het hoofdgeding is de procedure als een aldaar gerezen incident te beschouwen, zodat de verwijzende rechter over de kosten heeft te beslissen. De door anderen wegens indiening van hun opmerkingen bij het Hof gemaakte kosten komen niet voor vergoeding in aanmerking.

Het Hof (Zesde kamer) verklaart voor recht

Artikel 5, lid 1, eerste alinea, van richtlijn 2008/104/EG van het Europees Parlement en de Raad van 19 november 2008 betreffende uitzendarbeid, gelezen in samenhang met artikel 3, lid 1, onder f), van deze richtlijn, moet aldus worden uitgelegd dat het zich verzet tegen een nationale regeling op grond waarvan de vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen met behoud van loon – en de overeenkomstige vakantietoeslag – waarop uitzendkrachten recht hebben bij de beëindiging van hun arbeidsverhouding met een inlenende onderneming, lager is dan de vergoeding waarop die uitzendkrachten in zelf-

de situatie en om dezelfde reden recht zouden hebben indien zij rechtstreeks door die inlenende onderneming in dienst waren genomen om er gedurende dezelfde periode dezelfde functie uit te oefenen.

NOOT

Op grond van art. 5 lid 1 Uitzendrichtlijn moeten de essentiële arbeidsvoorwaarden van uitzendkrachten voor de duur van hun opdracht bij een inlenende onderneming, ten minste dezelfde zijn als die voor hen zouden gelden wanneer zij rechtstreeks door de genoemde onderneming voor dezelfde functie in dienst waren genomen. Die essentiële arbeidsvoorwaarden zijn in art. 3 lid 1 sub f Uitzendrichtlijn gedefinieerd als *'de in wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen, collectieve arbeidsovereenkomsten en/of andere in de inlenende onderneming vigerende bindende bepalingen van algemene strekking vastgelegde arbeidsvoorwaarden met betrekking tot: i) de arbeidstijd, overuren, pauzes, rusttijden, nachtarbeid, vakantie en feestdagen; ii) de bezoldiging.'*

Op basis van de nationale wetgeving van de lidstaten moet worden vastgesteld wat onder bezoldiging kan worden verstaan (art. 3 lid 2 Uitzendrichtlijn). Art. 5 lid 3 Uitzendrichtlijn bepaalt dat lidstaten sociale partners de mogelijkheid kunnen bieden bij cao *'regelingen inzake de arbeidsvoorwaarden voor uitzendkrachten'* vast te stellen die afwijken van art. 5 lid 1 Uitzendrichtlijn. Dat betekent dus dat in een cao afspraken kunnen worden gemaakt over de arbeidsvoorwaarden die onder het gelijkebeloningsvoorschrift vallen die afwijken van de in art. 3 lid 1 sub f Uitzendrichtlijn genoemde essentiële arbeidsvoorwaarden. In Nederland is dat mogelijk op grond van art. 8 lid 4 Waadi en hiervan is ook altijd gebruik gemaakt in onder andere de van tijd tot tijd algemeen verbindend verklaarde Cao voor uitzendkrachten (ABU-cao).

Tot de implementatie van de Uitzendrichtlijn bepaalde art. 8 lid 1 Waadi (oud) *'Degene die arbeidskrachten ter beschikking stelt is aan deze arbeidskrachten loon en overige vergoedingen verschuldigd overeenkomstig het loon en de overige vergoedingen die worden toegekend aan werknemers, werkzaam in gelijke of gelijkwaardige functies in dienst van de onderneming bij welke de terbeschikkingstelling plaats vindt.'* Bij

de implementatie van de Uitzendrichtlijn in 2012 is het gelijkebeloningsvoorschrift in art. 8 lid 1 Waadi uitgebreid tot arbeidsvoorwaarden 'op grond van een collectieve arbeidsovereenkomst of andere niet wettelijke bepalingen van algemene strekking die van kracht zijn binnen de onderneming waar de terbeschikkingstelling plaatsvindt, met betrekking tot de arbeidstijden, daaronder begrepen overwerk, rusttijden, arbeid in nachtdienst, pauzes, de duur van vakantie en het werken op feestdagen.' Daarbij benadrukte de regering dat de opsmoming van arbeidsvoorwaarden in art. 8 lid 1 Waadi limitatief was en voor andere arbeidsvoorwaarden die van toepassing zijn binnen de inlenende onderneming dus geen gelijke behandeling hoeft plaats te vinden (Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 3, p. 6). In de memorie van toelichting lichtte de regering het uitgebreide gelijke beloningsvoorschrift in art. 8 lid 1 Waadi als volgt toe (Kamerstukken II 2010/11, 32895, nr. 3, p. 12):

'Met loon wordt in dit artikel bedoeld op loonbetaling in dezelfde schaal als die van toepassing is op gelijke of gelijkwaardige functies in de inlenende onderneming. Loon is niets anders dan de tegenprestatie voor de bedongen arbeid en omvat mede het loon over bijvoorbeeld overuren, voor het werken op feestdagen en het loon over vakantiedagen. Met overige vergoedingen wordt bedoeld: de vergoedingen voor reizen, reiskosten, pensionkosten, koffiegeld en andere noodzakelijk te achten kostenvergoedingen, voor zover werknemers in dienst van de inlenende onderneming in soortgelijke omstandigheden eveneens daarop aanspraak kunnen doen gelden. In artikel 8, eerste lid, onder b, wordt de gelijke behandelingsnorm uitgebreid naar arbeidsvoorwaarden met betrekking tot de duur van de vakantie, het al dan niet werken op feestdagen, de te werken tijd, de in acht te nemen rusttijden, het wel of niet verrichten van nachtarbeid (en zo ja, de beperkingen die daarvoor gelden), de in acht te nemen pauzes en het al dan niet moeten draaien van overuren (en zo ja, de hoeveelheid overuren).'

In de woorden 'het loon over vakantiedagen' kan worden gelezen dat de vergoeding voor niet-opgenomen jaarlijkse vakantiedagen bij beëindiging van de arbeidsovereenkomst van de uitzendkracht even hoog moet zijn als voor een werknemer die direct in dienst is van de inlenende onderneming. Dat sluit dus aan bij het oor-

deel van het Hof van Justitie in de onderhavige uitspraak. In wezen ging het in deze uitspraak echter over een onderscheid dat in het Portugese arbeidswetboek zou worden gemaakt bij de opbouw van vakantiedagen door uitzendkrachten en door werknemers die direct in dienst zijn van de inlenende onderneming. In de Nederlandse wetgeving wordt een dergelijk onderscheid niet gemaakt. Wel maakt deze uitspraak duidelijk dat wanneer in een bij de inlenende onderneming geldende cao of regeling bovenwettelijke vakantiedagen worden toegekend aan werknemers in dienst van werknemers van de inlenende onderneming, uitzendkrachten eveneens aanspraak maken op deze bovenwettelijke vakantiedagen. Minder duidelijk is vooralsnog hoe dat zit bij andere arbeidsvoorwaarden zoals verlofregelingen (en vergoedingen die de werknemer daarbij ontvangt), scholingsvergoedingen, bonussen, prestatie- of resultaatafhankelijke beloningen en eenheids- of andere eenmalige uitkeringen. De tekst van art. 8 lid 1 Waadi zelf laat ruimte voor een ruimere uitleg dan de regering gaf in de hiervoor aangehaalde memorie van toelichting (zie ktr. Rotterdam 25 juni 2021, «JAR» 2021/185, m.nt. Hoogeveen & J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. De uitzendovereenkomst, payrolling, detachering en contracting*, Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 3.3).

Het Hof van Justitie legt het begrip essentiële arbeidsvoorwaarden ruim uit in dit arrest. Gelet op de wijze waarop art. 5 lid 1 Uitzendrichtlijn is geïmplementeerd in art. 8 lid 1 Waadi, heeft dit arrest echter geen gevolgen voor Nederland. Datzelfde kan niet zo stellig worden gezegd naar aanleiding van twee andere recente arresten waarin het Hof van Justitie prejudiciële vragen beantwoordde over het begrip tijdelijk werken in de Uitzendrichtlijn. Onder r.o. 51 van zijn arrest van 14 oktober 2020 en onder r.o. 37 van zijn arrest van 17 maart 2022 («JAR» 2020/289 en «JAR» 2022/109, beiden m.nt. Hoogeveen) wijst het Hof van Justitie er in verband hiermee op dat de Uitzendrichtlijn ook tot doel heeft 'de toegang van uitzendkrachten tot een vaste baan bij de inlenende onderneming te bevorderen.' Ook in dit arrest (onder r.o. 43) wijst het Hof van Justitie hierop. Dit betekent dat de terbeschikkingstelling aan de inlenende onderneming tijdelijk van aard moet zijn. Het ging in deze arresten om situaties waarin de uitzendkracht langdurig (jarenlang) ter

beschikking werd gesteld op een (al dan niet permanente) arbeidsplaats bij de inlenende onderneming. In deze arresten formuleert het Hof van Justitie echter geen strikte eisen bij het langdurig ter beschikking stellen van uitzendkrachten. Het Hof van Justitie lijkt blijkens dit arrest meer te zien in een ruimte uitleg van het gelijkebeloningsvoorschrift. Het is de vraag of dit voldoende bijdraagt aan de doelstelling van de Uitzendrichtlijn. Niet alleen omdat bij cao kan worden afgevoerd van het gelijkebeloningsvoorschrift – ook in het nadeel van de uitzendkracht (zoals gebeurt in de ABU-cao) – maar ook omdat hiermee niet wordt voorkomen dat werknemers permanent ter beschikking kunnen worden gesteld aan de inlenende onderneming zonder dat zij ooit aanspraak kunnen maken op *alle* arbeidsvoorwaarden en rechten van eigen werknemers (zoals mogelijk is op grond van de Nederlandse regulering van de uitzendovereenkomst). Doordat hier de rechtstreekse contractuele band tussen de werknemer en de onderneming waarin hij werkt is doorgeknipt, gaat dit permanent ten koste van rechten en bescherming gekoppeld aan het juridische werkgeverschap van de eigenaar of exploitant van de onderneming waarin de werknemer de arbeid verricht. Naast aan (niet essentiële) secundaire en tertiaire arbeidsvoorwaarden kan dan bijvoorbeeld worden gedacht aan het recht op tewerkstelling, ontslagbescherming, investeringen in de (informele) leeromgeving, maar ook aan de toepassing van de Wet flexibel werken, de Wet melding collectief ontslag etc. Bovendien wordt met de mogelijkheid van permanente terbeschikkingstelling in de hand gewerkt dat de door de werknemer verrichte arbeid gemakkelijker verwordt tot handelswaar, hetgeen op gespannen voet staat met het (internationale) grondbeginsel '*Labour is not a commodity*' (ILO Declaration on Social Justice for a Fair Globalization). Zie hierover naar aanleiding van het arrest van het Hof van Justitie van 14 oktober 2020, N. Zekić, 'Misbruik van uitzendwerk – Het Hof van Justitie EU geeft nadere uitleg', *ArbeidsRecht* 2021/6 en J.P.H. Zwemmer, *Arbeidsrechtelijke driehoeksverhoudingen. De uitzendovereenkomst, payrolling, detachering en contracting*, Den Haag: Boom juridisch 2021, par. 3.6.

mr. dr. J.P.H. Zwemmer
Universiteit van Amsterdam